

La Revue
des Droits
de l'Homme

La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2014

La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne

Droit des étrangers (Union européenne)

Pascal Schumacher



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/646>

DOI : 10.4000/revdh.646

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Pascal Schumacher, « La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 avril 2014, consulté le 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/646> ; DOI : 10.4000/revdh.646

Ce document a été généré automatiquement le 20 avril 2019.

Tous droits réservés

La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne

Droit des étrangers (Union européenne)

Pascal Schumacher

- 1 Dans sa communication du 28 mars 2014, la Commission européenne commence par souligner l'importance de l'outil des retours qui s'insère dans le cadre plus large de la politique de l'immigration de l'Union européenne et conditionne la crédibilité d'une politique d'immigration ouverte. L'immigration ouverte témoigne d'**une sorte de paradoxe de la servitude volontaire qui enferme la politique de l'Union**. En effet, cette dernière se veut volontariste tout en étant dictée par la contrainte d'une population européenne vieillissante, d'un besoin de redynamisation du marché du travail et des engagements internationaux des Etats membres en matière de protection internationale. Pour les Etats membres et leurs citoyens, l'acceptation d'une politique favorisant l'ouverture passe nécessairement par un retour efficace des personnes qui ne respectent pas les règles du jeu de l'entrée et du séjour sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne.
- 2 Or les obstacles sont multiples, soit de nature générale comme le défaut de coopération de certains pays tiers, soit de nature individuelle comme la destruction volontaire de documents d'identité par les concernés. **La mise en œuvre de la politique de retour ne relève pas de la chasse gardée des Etats**, détenteurs d'un monopole de principe pour l'exécution des normes européennes. Progressivement, les acteurs du niveau européen sont venus influencer l'exécution des opérations de retour, que ce soit par les biais du soutien financier au niveau des programmes européens ou des opérations de retour coordonnées par l'agence Frontex. Des larges pans d'ordre normatif et d'ordre exécutif de la politique de retour ont été transférés vers les compétences de l'Union, mais le départage des compétences mérite davantage de précisions. Le principe de subsidiarité sera nécessairement au centre des débats qui porteront notamment sur l'inclusion de la politique de retour dans le champ d'application des évaluations Schengen ou sur

l'élaboration d'un manuel de bonnes pratiques pour traiter du problème des personnes « *non éloignables* » faisant l'objet d'une mesure de retour.

- 3 Dans ce contexte, il importe d'abord de faire un tour d'horizon de la dimension globale des enjeux politiques dans le domaine du retour (1°) avant d'approcher ensuite la dimension plus individuelle des droits subjectifs des personnes susceptibles d'être concernées par un retour (2°).

1°/- Une dimension collective : Les enjeux politiques dans le domaine du retour

- 4 En 2013, les autorités des États membres de l'Union ont appréhendé quelque **440.000 migrants irréguliers**. Ce chiffre est impressionnant, mais il décrit une réalité en reflux, étant donné que les statistiques révèlent une baisse cumulée de près de 30 % entre 2008 et 2012. Environ un tiers d'entre eux sont renvoyés dans leur pays d'origine ou de transit.
- 5 Une politique de retour efficace et humaine est essentielle pour la **crédibilité de la politique d'immigration de l'Union**. Des systèmes justes et efficaces, respectant pleinement le principe de non-refoulement – tout en considérant qu'il est légitime pour un État de renvoyer des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans le plein respect des droits fondamentaux et de la dignité des personnes concernées –, sont le prérequis sur lequel repose cette crédibilité. Cependant, le manque de systèmes et de procédures de retours efficaces pour ceux qui résident irrégulièrement sur le territoire européen et qui travaillent peut-être clandestinement dans l'Union peut éroder le soutien qui existe dans la société envers l'accueil des réfugiés, la migration légale des ressortissants de pays tiers voire la libre circulation des ressortissants des États membres de l'Union.
- 6 La directive « retour », adoptée en 2008, est entrée en vigueur en 2010. Elle établit un ensemble de règles communes pour les retours et pour l'éloignement des ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre. Elle prévoit aussi l'utilisation de mesures coercitives, la rétention et les modalités d'une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée (*entry-ban*), tout en respectant pleinement les droits de l'homme et les libertés fondamentales des personnes concernées. La directive sur le retour étend le droit au non-refoulement à toute personne en séjour irrégulier, ce droit n'ayant antérieurement été garanti que pour les demandeurs d'asile.
- 7 Depuis la fin des années 90, l'Union a cherché à développer la « **dimension extérieure** » de ses politiques en matière d'immigration et d'asile, dans l'objectif de gérer la migration par une coopération renforcée avec les pays d'origine et/ou de transit. Cette politique comprend non seulement l'externalisation des outils traditionnels de contrôle aux frontières, mais aussi la prévention des causes des flux migratoires et de réfugiés, par l'aide au développement et les outils de la politique étrangère. Afin d'assurer l'efficacité de la politique de retour de l'Union, la coopération avec les pays d'origine est une condition préalable à des retours durables. Les accords de réadmission constituent un élément essentiel de cette approche, définissant des obligations et des procédures pour les pays tiers et les États membres de l'Union quant au moment et à la manière de renvoyer des personnes en séjour irrégulier sur le territoire des États membres. Ces accords sont des instruments techniques permettant d'améliorer la coopération entre les

administrations nationales et utilisés après qu'une décision de retour ait été prise dans le respect total des garanties procédurales prévues par la directive sur le retour et la directive relative aux procédures d'asile. Jusqu'à présent, l'Union a signé et conclu des accords de réadmission avec quatorze pays tiers, tandis que deux autres accords de réadmission, avec la Turquie et l'Azerbaïdjan, ont été signés mais pas encore conclus. Cependant, bon nombre d'Etats membres soutiennent qu'il échoit de remédier au faible niveau de la coopération de certains pays tiers dans la mise en œuvre des procédures de réadmission et des retours.

- 8 L'un des principes fondamentaux de la politique de retour de l'Union est de donner la priorité aux **retours volontaires des immigrants irréguliers**. Parallèlement aux retours forcés, parfois indispensables, l'Union cherche à promouvoir l'adhésion des personnes à retourner. Le concept de « retour volontaire » comprend différents types de programmes, en passant par ceux qui sont véritablement volontaires à ceux qui intègrent un élément de quasi-contrainte (option de dernier recours), synonyme d'une « préférence obligée » des migrants en situation irrégulière face à l'éventualité d'un retour forcé. Les retours volontaires sont prioritaires : ils présentent moins de risques par rapport aux droits fondamentaux des migrants, ils sont moins onéreux et ils ne nécessitent pas d'accord international avec le pays d'origine / de transit.
- 9 Les retours volontaires peuvent être compris comme un paquet de mesures d'assistance de nature opérationnelle et/ou financière combinant des actions de soutien à court et à long termes, conditionnées aux besoins individuels du rapatrié (assistance au départ de l'Etat membre à l'origine de la décision de retour jusqu'à l'arrivée dans le pays d'origine : conseils aux personnes à retourner, assistance à la réintégration, assistance au logement, assistance pour la mise en place d'une activité génératrice de revenus, etc.). Dans le but de promouvoir le retour volontaire, les Etats membres peuvent également faire un meilleur usage des possibilités de financements correspondants offerts dans le cadre des fonds européens disponibles pour les retours. Toutefois, le bilan est assez décevant : les programmes de retours volontaires ont souvent échoué à attirer un nombre important de participants. De plus, la « durabilité » de ces retours, c'est-à-dire la possibilité de réussir dans le pays d'origine et de contribuer à son développement économique et social, a été, au mieux, discutable. De nombreux Etats membres se sont tournés vers les services de l'OIM (Organisation internationale pour les migrations) et ont signé des projets de coopération relative à l'assistance au retour volontaire des ressortissants de pays tiers et à leur réintégration dans le pays d'origine. L'OIM a assisté durant les 10 dernières années plus de 350.000 migrants, dont 40.000 de l'Europe en 2013 (source OIM). Il est regrettable que la Commission n'ait pas développé la coopération avec la société civile, qui joue un rôle primordial suite à la relation de confiance que les organisations non gouvernementales nouent avec les personnes susceptibles de faire l'objet d'une opération de retour. Enfin, l'affaire pendante *Zh. et O. (C-554/13)* sera particulièrement prometteuse par rapport à l'encadrement juridique des retours volontaires.
- 10 La politique européenne de retour est également basée sur la **coopération opérationnelle entre les Etats membres** visant à éviter les doublons. Une telle coopération opérationnelle couvre des domaines tels que l'assistance en cas de transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, l'organisation de vols communs pour les éloignements sous l'égide de l'agence Frontex, et la reconnaissance mutuelle des décisions d'expulsion. Dans la logique de la refonte du règlement Frontex opérée en 2011, l'agence n'est pas seulement un vecteur d'économies d'échelle, mais elle

doit s'ériger comme pilier de la garantie du respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine des personnes à retourner.

- 11 En matière de **migration légale** à l'échelle de l'Union, la mise en place de contrôles améliorés et l'imposition de peines plus sévères à l'encontre de ceux qui emploient des immigrés irréguliers, pourrait réduire considérablement l'attractivité du travail clandestin, contribuant ainsi, même indirectement, à l'efficacité de la politique européenne de retours.
- 12 Lorsque les États membres poursuivent une politique commune de retour, il est important qu'ils se dotent également d'une **évaluation commune de la mise en application de cette politique**. Alors que jusqu'à présent dans le domaine des politiques de l'acquis de Schengen, les évaluations étaient conduites par les pairs, remontant à un héritage intergouvernemental, la réforme récente du mécanisme d'évaluation Schengen fait qu'il est dorénavant aligné sur les mécanismes communautaires en le faisant passer sous le régime de la comitologie. A la fin de l'année 2014, la Commission reprendra le rôle principal d'organisation, rédigera les rapports d'évaluation et sera contrôlée par les États membres dans le cadre de la procédure d'examen. Le processus devrait gagner en efficacité et en neutralité. Mais, par rapport au sujet qui nous préoccupe, il est intéressant de noter que la Commission entend élargir le champ d'application matériel des évaluations en rajoutant des nouveaux domaines d'évaluation portant sur l'État de droit, les armes, les drogues ou les **vols retours**. Cette demande de la Commission s'appuie surtout sur le constat de **la disparité entre la protection normative des droits subjectifs dans les législations nationales et la mise en pratique effective par les autorités nationales**. A titre d'illustration, la communication s'étend largement sur les insuffisances en matière de conditions de rétention et d'alternatives à la rétention.

*

2°/- Une dimension individuelle : Les droits subjectifs des personnes susceptibles d'être concernées par les retours

- 13 Le nombre de personnes contre lesquelles un ordre de quitter le territoire est émis ne coïncide pas avec le nombre de personnes effectivement éloignées. Cette disparité s'explique, d'une part, par le fait que la procédure d'éloignement n'est pas automatique et que le report à l'éloignement est possible et, d'autre part, par le fait qu'un certain nombre de personnes déboutées de la protection internationale « échappent » au collimateur des autorités après avoir reçu un ordre de quitter le territoire. Très souvent, l'efficacité des retours est mesurée par la seule dimension chiffrée du nombre de personnes retournées. Or, l'efficacité dépasse une pure appréciation statistique. Il est indispensable d'évaluer la politique européenne de retour **en fonction des valeurs qui fondent la construction européenne**, en examinant l'ensemble du processus à partir de la prise d'une décision d'éloignement jusqu'à l'intégration dans le pays d'origine et de mesurer le succès dans une perspective individuelle par rapport aux personnes retournées.
- 14 L'approche qualitative requiert plus particulièrement d'examiner plusieurs aspects sensibles qui peuvent affecter les droits des personnes à retourner : **la rétention en vue**

du retour, le déroulement du retour, la coopération avec les pays tiers et les interdictions d'entrée (*entry ban*).

- 15 La **réten-tion en vue du retour** devrait constituer un moyen ultime puisque indépendamment du vocabulaire utilisé, il s'agit d'une privation de liberté. L'article 15(1) de la directive sur le retour permet de placer une personne en rétention afin de préparer son retour ou de procéder à son éloignement, sous réserve qu'il n'existe pas d'autres moyens moins coercitifs qui puissent être appliqués efficacement. La rétention est autorisée, notamment lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque le ressortissant concerné d'un pays tiers tente d'esquiver à la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement et s'il existe cette perspective d'éloignement dans un délai raisonnable. L'article 15(5) et (6) de la directive fixe des limites en termes de durée. Le principe qui fonde ces dispositions a été validé au regard des exigences de la CEDH, en particulier celles qui ont trait à l'article 5.1(f). Les États membres peuvent effectivement recourir à la rétention, qui constitue une mesure de privation de la liberté, lorsqu'une mesure d'éloignement a été ordonnée et s'il existe une perspective raisonnable d'éloignement (cf. notamment la CourEDH dans l'affaire Agnissan c. Danmark, l'affaire Mikolenko c. Estonie, l'affaire M. et autres c. Bulgarie, l'affaire Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France, et l'affaire Popov c. France).
- 16 Dans l'affaire Kadzoev (C-357/09), la Cour de justice de l'Union européenne a expressément confirmé l'élément protecteur de la directive en cas de recours à la rétention. A défaut d'une perspective d'un retour effectif durant la durée maximale autorisée, les États membres sont dans l'obligation de renoncer à cette mesure coercitive. Dans l'affaire El Dridi (C-61/11), la Cour était amenée à examiner si la rétention dans le cas d'espèce constituait une mesure nécessaire pour exécuter la décision de retour conformément à l'article 8(1) de la directive ou, au contraire, une mesure s'opposant à la bonne exécution de cette décision (v. ADL du 29 avril 2011). D'après son appréciation des faits dans l'affaire au principal, la Cour considérait que **la rétention n'était pas compatible avec la mise en place d'une politique de retour efficace dans le respect des droits fondamentaux et, in fine, qu'elle ne contribuait pas à l'objectif primaire poursuivi, à savoir la réalisation de l'éloignement du ressortissant du pays tiers hors de l'État membre concerné**. Dans le cas de figure où l'obligation de retour n'est pas respectée dans le délai accordé pour un départ volontaire, les États membres devaient veiller à une exécution progressive et proportionnée, en ayant recours aux mesures les moins coercitives possibles et dans le plein respect des droits fondamentaux. Ainsi, les autorités étatiques ont une obligation positive de promouvoir des dispositifs alternatifs, tels que la création de places réservées à des demandeurs déboutés de protection internationale dans des foyers d'accueil, l'ouverture de maisons « retour » pour familles et d'un encadrement plus étroit dans le but de préparer le retour dans les meilleures conditions possibles. L'encadrement et la préparation contribuent à l'acceptation du retour par les concernés et à diminuer les incertitudes qui planent sur la réintégration dans le pays d'origine. La Cour a maintenu cette jurisprudence dans l'affaire plus récente Mbaye (C-522/11).
- 17 Dans l'affaire Achughbabian (C-329/11), la Cour a précisé que la directive sur le retour ne s'opposait ni à ce que le droit national d'un État membre prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer le séjour irrégulier, ni au recours à la rétention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un pays tiers (v. ADL du 7 décembre 2011). Lorsque la rétention était imposée, avant ou pendant la procédure de retour, cette situation tombait dans le champ d'application de la directive

sur le retour et devait, dès lors s'inscrire dans la préparation ou dans la réalisation de l'éloignement de la personne concernée. Dans l'affaire au principal, la Cour a jugé que la directive sur le retour n'avait pas été respectée, étant donné que la détention *per se* ne visait pas à préparer et à réaliser l'éloignement de l'intéressé. La Cour n'a pas changé de cap dans son arrêt *Sagor* (C-430/11) tout en soulignant la dimension des garanties procédurales de la directive sur les retours. La Cour a rajouté que les Etats membres ne peuvent maintenir une réglementation qui permet de réprimer le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine d'assignation à résidence sans garantir que l'exécution de cette peine doive prendre fin dès que le transfert physique de l'intéressé hors dudit Etat membre est possible (v. ADL du 12 décembre 2012). Il sera intéressant de suivre le prochain épisode avec l'affaire pendante *Da Silva* (C-189/13). Il est aussi utile de mentionner ici le papier de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) publié le 27 mars dernier sur la problématique de la criminalisation des migrants irréguliers. La saga du cadrage progressif par la Cour de justice en matière de rétention va encore se poursuivre, plusieurs autres affaires étant également pendantes : l'affaire *Bero* (C-473/13), l'affaire *Bouzalmate* (C-514/13) et l'affaire *Thi Ly Pham* (C-474/13).

- 18 Dans le cadre du **déroulement d'un retour** proprement dit, un projet « *suivi des retours forcés* » (FReM) a été lancé en novembre 2013, en partenariat avec les représentants des unités « retours » de tous les pays européens participants (AT, BG, GR, HU, LU, MT, PT et CH). Il sera en place jusqu'au mois d'août 2015. Le projet vise spécifiquement à créer un *pool* européen de moniteurs de retours forcés à la disposition des pays qui désirent mettre en œuvre un système de contrôle de ces retours. Un système de surveillance efficace permet de vérifier si les normes des droits de l'homme et les obligations légales sont respectées tout au long des retours. Les rapatriés devraient être traités d'une manière conforme à la législation nationale et aux obligations internationales des droits de l'homme. Au terme du projet « *suivi des retours forcés* », des lignes directrices et un manuel de formation pour les moniteurs des retours forcés auront été mis au point et les observateurs européens des retours forcés auront été sélectionnés et formés. D'aucuns espèrent que ce projet puisse aboutir à un véritable système européen commun de suivi des retours forcés qui serait dans l'intérêt de toutes les parties. Il subsiste un véritable chantier sur le contrôle du retour forcé dans les opérations conjointes coordonnées par Frontex, seulement la moitié de toutes les opérations conjointes menées entre 2011 et 2013 ayant fait l'objet de contrôles par des observateurs indépendants. Or, pour cette obligation prévue sous l'article 8(6) de la directive sur les retours, les pratiques européennes devraient exercer un effet d'engrenage sur les pratiques nationales.
- 19 Dans le but de mettre en place une politique des retours plus efficace, plusieurs Etats membres plaident pour un renforcement de la **coopération avec les pays d'origine**. Il est important de mentionner cet aspect dans une approche plus collective, de droits de la solidarité, mais où le non-respect peut sérieusement affecter la situation des personnes réadmisées dans un pays tiers. L'idée d'une approche horizontale conditionnerait entre eux les différents volets de la politique extérieure, en imposant notamment une meilleure coopération dans le domaine des retours pour pouvoir bénéficier d'aides au développement, des libres échanges commerciaux, des subventions économiques, etc. Les progrès atteints dans le cadre de l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité (GAMM) sont jugés insuffisants et ces Etats s'attendent à un meilleur retour sur investissements. En période d'austérité budgétaire, ce raisonnement peut séduire, mais il commande aussi la prudence. Prenons, à titre d'exemple, l'article 13.5(c) relatif aux

migrations de l'Accord de partenariat de Cotonou adopté en 2000 qui stipule : « [...] *chacun des États ACP accepte le retour et réadmet ses propres ressortissants illégalement présents sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, à la demande de ce dernier et sans autres formalités* ».

- 20 Cela constitue pour les États membres de l'Union européenne un aspect prioritaire de la révision. En 2005 et en 2010, l'Union a déjà essayé de négocier une modification visant à rendre l'article 13 directement applicable et contraignant pour l'ensemble des pays ACP. Sous sa forme actuelle, l'article 13 doit être complété par des accords bilatéraux pour devenir directement applicable. La conclusion de ces accords bilatéraux n'aboutit guère et les États membres se plaignent actuellement de l'attitude de coopération pour le moins réticente de certains États ACP. En règle générale, ils n'identifient que rarement leurs ressortissants et ne délivrent guère des documents de voyage nécessaires pour une action de retour. De leur côté, les États ACP estiment que les accords de réadmission ne doivent pas être modifiés isolément. En contrepartie d'une modification, ils exigent des meilleurs programmes de réintégration, des facilitations en matière de délivrance des visas, etc. Les mises en garde sont nombreuses puisque vouloir conditionner la coopération au développement, voire la coopération commerciale et économique à des retours efficaces, pourrait engendrer certains effets indésirables qui touchent aux objectifs fondamentaux poursuivis par ces politiques. En effet, le défaut de coopération ne relève pas toujours de la « mauvaise foi », mais il peut trouver son origine dans des déficiences structurelles.
- 21 Si les retours sont l'expression des symptômes de problèmes politiques et sociaux dans les pays d'origine, il est dangereux de vouloir limiter la coopération au développement et au commerce qui ont un impact positif direct sur les causes de ces phénomènes. Ils permettent de s'attaquer à la racine des problèmes. Dès lors, vouloir les utiliser d'une manière conséquente comme leviers pourrait nourrir un engrenage contreproductif par rapport au résultat escompté. **Ce serait sacrifier les droits subjectifs au nom d'une autre priorité, l'efficacité.** Une action de retour est toujours dramatique pour la personne concernée, ce qui renforce **l'obligation morale de l'effectuer en respectant la dignité et en maximisant les chances d'un nouveau départ dans le pays d'origine.** Ne nous détrompons pas, les personnes susceptibles d'être éloignés ont dans la plupart des cas investi toute leur propriété dans le financement des activités de trafic et de facilitation. Un meilleur niveau de vie dans les pays d'origine ne peut être que bénéfique aux personnes qui y retournent.
- 22 L'article 11(2) de la directive sur le retour dispose : « *La durée de l'interdiction d'entrée (entry ban) est fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne dépasse pas cinq ans en principe* ». Conformément à la jurisprudence Filev et Osmani (C-297/12), l'article 11(2) emporte une obligation pour les États membres de limiter les effets dans le temps, en principe un maximum de cinq ans, indépendamment du fait si le ressortissant visé a introduit une demande pour obtenir une limitation dans le temps de cette interdiction. La limitation de principe de la durée s'applique *ipso facto* aux interdictions décidées avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition nationale de la directive, indépendamment du fait qu'une décision de retour avait été assortie d'une interdiction d'entrée *sine die*. L'article 2.2(b) de la directive sur le retour permet cependant aux États membres de déroger, conformément au droit national, aux dispositions de la directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet, en particulier, d'une sanction pénale prévoyant ou ayant comme conséquence leur retour. Le libellé de l'article 2(2) étant optionnel, un État membre peut faire usage de cette faculté jusqu'à

l'expiration du délai de transposition. Au-delà du délai de transposition, les Etats membres qui n'avaient pas opéré ce choix d'exclusion n'ont plus la possibilité de faire usage de cette faculté.

- 23 Le fait d'opposer ce régime optionnel à un individu serait d'admettre qu'on puisse aggraver sa situation, l'empêchant *de facto* d'introduire un recours. Or, sur base de l'effet direct de la directive, l'individu concerné aurait pu invoquer les dispositions pertinentes de la directive sur le retour devant son juge national. La durée de l'interdiction d'entrée peut cependant exceptionnellement dépasser cinq ans si le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale. Dès lors, il est indispensable de faire le lien avec les jurisprudences dans le cadre de la libre circulation des personnes, qui ont amené la Cour de justice à préciser progressivement les concepts qui servent de fondement au processus décisionnel des autorités publiques nationales. La Cour, dans l'affaire P.I./Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid (C-348/09), concède **une large marge de discrétion des États membres tout en encadrant l'exercice de cette prérogative par son contrôle juridictionnel pour garantir le respect du droit européen** (v. – ADL du 1er juin 2012). Les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, lesquels peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, notamment en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des personnes.
- 24 Ces exigences doivent, toutefois, être entendues strictement, de sorte que leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union. **La marge de discrétion nationale vient s'inscrire dans un contexte d'encadrement européen.** La Cour de justice réitère ses critères de la jurisprudence Jipa (C-33/07) en soulignant que la commission d'une infraction peut justifier une mesure d'éloignement uniquement si la façon dont elle a été commise présente des caractéristiques particulièrement graves, ce qu'il appartient d'apprécier au juge national sur le fondement d'un examen individuel du cas dont il est saisi. Toute mesure d'éloignement est subordonnée à ce que le comportement de la personne concernée représente une menace réelle et actuelle pour un intérêt fondamental de la société ou de l'État membre d'accueil, constatation qui implique en général chez l'individu concerné l'existence d'une tendance à maintenir ce comportement à l'avenir. Les États membres sont donc dans l'obligation de vérifier l'actualité et la réalité de la menace pour l'ordre public ou pour la sécurité publique que représente la personne concernée, et d'évaluer si un changement matériel des circonstances est intervenu depuis le moment où la décision d'éloignement avait été prise. Avant de prendre une décision d'éloignement, l'État membre d'accueil doit tenir compte, notamment, de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans cet État et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine.
- 25 Pour être complet sur le volet des droits subjectifs, il faut revenir sur la dimension des **garanties procédurales** et mentionner l'arrêt G. et R. (C-383/13 PPU). La Cour de justice a insisté sur **le plein respect des droits de la défense en cas de prolongation d'une mesure de rétention**. Mais les droits de la défense ne triomphent pas dans chaque cas de figure. Tous les vices de forme qui portent atteinte au respect des droits de la défense n'entraînent pas l'annulation d'une mesure de rétention. Pareil effet est conditionné au cas de figure dans lequel l'omission de l'irrégularité aurait produit un résultat différent. A

l'avenir, la Commission devra assumer un réel défi pour évaluer le volet de l'assistance juridique, tel que requis par la directive sur le retour.

- 26 Enfin, la Commission n'a pas manqué de pointer le phénomène particulièrement inquiétant des **personnes « non éloignables »** faisant l'objet d'une mesure de retour, qu'on peut qualifier de **problème à résoudre**. Il semble que ces personnes se retrouvent dans un vide juridique, à cheval entre compétences de l'Union et compétences nationales. La Commission propose une réponse assez molle, probablement pour ne pas ébrécher le principe de subsidiarité, qui consiste à échanger des bonnes pratiques *« afin d'éviter des situations prolongées et de veiller à ce que ces personnes [...] ne soient pas privées indéfiniment de droits fondamentaux et ne risquent pas d'être de nouveau retenues illégalement »*.

*

* *

- 27 La Commission a tenu sa promesse : elle s'est livrée à une évaluation de la situation actuelle en Europe et elle a exposé ses recommandations pour l'amélioration de la politique de retour de l'Union en dévoilant ses idées sur les actions futures à entreprendre dans ce domaine. C'est avec beaucoup d'intérêt qu'il faudra désormais attendre **les réactions des institutions, surtout du côté du Conseil qui représente les intérêts des Etats membres**. Un exercice d'équilibrage s'annonce d'ores et déjà entre **efficacité de la politique de retour** et **renforcement des droits subjectifs des personnes à retourner**. Si à la limite, ces deux éléments peuvent être mis en balance, ils ne sont pas pour autant antinomiques et un accroissement de l'un ne se fait pas au détriment de l'autre. Les suites qui seront réservées à la communication par les différentes institutions de l'Union et les Etats membres montreront s'il s'agira d'une œuvre Thucydide.
- 28 **Communication de la Commission du 28 mars 2014 au Conseil et au Parlement européen sur la politique de l'Union européenne en matière de retour, Com(2014) 199 final**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

RÉSUMÉS

Le 28 mars 2014, la Commission européenne a adopté sa communication sur la politique européenne en matière de retour. Celle-ci est d'abord le fruit d'un travail empirique d'évaluation de la mise en œuvre de la directive 2008/115/CE, pour venir appuyer une extrapolation sur l'avenir. En dépit de l'approche des

prochaines élections européennes, la Commission sortante a tenu à préciser ses idées sur le renforcement à la fois de l'efficacité de la politique de retour et des droits subjectifs des personnes susceptibles d'être éloignés vers un pays tiers.

AUTEUR

PASCAL SCHUMACHER

Conseiller « Justice et affaires intérieures » à la Représentation permanente du Luxembourg auprès de l'Union européenne (NB : Les réflexions contenues dans cet article sont imputables à leur auteur et n'engagent pas d'autres organismes ou personnes).